



Uno e trino

Pasquale Pasquino

► To cite this version:

| Pasquale Pasquino. Uno e trino. 1994. ijn_00000310

HAL Id: ijn_00000310

https://hal.science/ijn_00000310

Submitted on 27 Dec 2002

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

Pasquale Pasquino

UNO e TRINO

Indipendenza della magistratura e separazione dei poteri. Perché le maggioranze democratiche possono rappresentare una minaccia per la libertà.

Funiculus triplex difficile rumpitur
Ecclesiaste, 4.12

Introduzione*

Nelle democrazie contemporanee gli elettori hanno il potere di scegliere i loro rappresentanti, di decretarne il successo e di deciderne la fine politica, e questo in base ad un giudizio, le elezioni, che non ha appello. Ma non possono costringere o vincolare i rappresentanti nelle loro scelte, una volta che siano stati eletti. Questi hanno quindi un potere indipendente da ogni promessa fatta durante la campagna elettorale; ma a loro rischio e pericolo (i rappresentanti lo sanno e per questo fanno fare sondaggi d'opinione), perché potranno essere puniti il prossimo giorno del giudizio, cioè alle prossime elezioni¹. Purché, naturalmente, gli

* Questo scritto è il tentativo di sviluppare un'idea che mi è stata suggerita da Stefano Nespor. Avendo lavorato nel corso degli ultimi anni con Bernard Manin sulle dottrine classiche della separazione dei poteri nella tradizione francese ed in quella americana mi è parso utile sottoporre le riflessioni che seguono ad un pubblico di non specialisti. Se queste pagine riusciranno a creare nei lettori un interesse per le questioni costituzionali nella vita del nostro paese e se susciteranno obiezioni e repliche, credo che il compito che esse si propongono sarà pienamente realizzato. Desidero ringraziare Luigi de Ruggiero ed Alessandro Pizzorno per i loro utili suggerimenti.

¹ In questo senso le democrazie contemporanee sono regimi misti che combinano il principio aristocratico delle elezioni con con quello democratico della scelta popolare delle *élites*. Cf. B. Manin, Les principes du gouvernement représentatif, Paris,

elettori non abbiano dimenticato quelle promesse. Il rifiuto dei "mandati imperativi" sta scritto sulle porte che danno accesso alla storia moderna del governo rappresentativo².

Rousseau ha sostenuto, con qualche ragione, che i cittadini di tutti i governi rappresentativi - ch  tali sono quelle che con un piccolo abuso di linguaggio consacrato dalla prassi chiamiamo oggi democrazie³ - sono come gli inglesi: liberi un giorno solo, quello delle elezioni dei rappresentanti, e schiavi per il resto del tempo⁴. Purtroppo Rousseau non ha suggerito alcuna alternativa chiara e ragionevole a questa diagnosi un po' estremista dello stato delle cose politiche. Egli ha finito anzi, e forse senza volerlo, per indicare a molti un cammino che non conduce in nessun luogo, verso quell'araba fenice che si continua a chiamare confusamente "democrazia diretta"⁵.

Accanto al rifiuto del governo rappresentativo, c'  un altro aspetto della teoria rousseauiana della democrazia che va posto in evidenza: la sua estraneit  al costituzionalismo. Rousseau non distingue infatti le leggi ordinarie dalle leggi costituzionali, ignora il principio della superlegalit 

Calmann-L vy, 1995 (una prima versione di questo libro   apparsa in italiano presso le Edizioni Anabasi, Milano, 1992 col titolo: La democrazia dei moderni).

² Il mandato imperativo obbliga il rappresentante ad attenersi rigorosamente alle indicazioni ed alle volont  espresse dai suoi mandanti o elettori, senza alcuna possibilit  di modificarle. Il rifiuto dei mandati imperativi fu una delle prime decisioni solenni prese dall'Assemblea nazionale francese nel 1789, ed   rimasto alla base di tutte le forme di governo che chiamiamo rappresentative.

³ Il significato tecnico del termine greco democrazia   quello di "governo dei poveri"; d mos infatti, nella citt  greca, non   il popolo tutto ma solo una parte di esso, i poveri o coloro che vivono in campagna per opposizione agli euda mones, [ricchi] e ai d natoi [potenti] (cf. P. Chantraine, Dictionnaire  tymologique de la langue grecque, Paris, 1968, t. I, p. 273).

⁴ Contratto sociale, libro III, cap. 15: "Il popolo inglese pensa di essere libero; si inganna, non lo   che durante l'elezione dei membri del Parlamento; non appena questi sono stati eletti, esso diventa schiavo, non   pi  nulla".

⁵ Se veda la critica definitiva in: E.-W. Böckenförde: Democrazia e rappresentanza, Quaderni costituzionali, V, 2, 1985, pp. 227-63.

della costituzione⁶ e la differenza centrale in ogni Stato di diritto contemporaneo fra potere costituente, che decide della costituzione, e poteri costituiti, come, ad esempio, il potere legislativo . Queste distinzioni sono state introdotte nel diritto statuale solo dalle due grandi esperienze rivoluzionarie della fine del secolo 18°, le quali hanno posto a fondamento dello Stato una *costituzione scritta* che regola l'esercizio del potere politico. E' per questa ragione che, invece di rincorrere l'ombra di una forma di governo che è alla fine solo una vuota utopia, quando non conduce a forme di democrazia plebiscitaria, può essere utile riflettere oggi di nuovo su quella eredità: il costituzionalismo liberale. La carta costituzionale americana del 1787 e quella francese del 1791 poggiano entrambe su un principio che considerano parte essenziale del costituzionalismo e dello Stato di diritto: la separazione dei poteri. Il principio elettivo, il primato della costituzione e la separazione dei poteri rappresentano i tre punti fermi di questa tradizione e non possono essere disgiunti senza distruggere le basi della democrazia rappresentativa.

Il popolo è sovrano solo il giorno delle elezioni; ma il governo, come il Parlamento, che non sono vincolati da mandati imperativi, e possono perciò non tener fede alle loro promesse, non possono violare la costituzione⁷. La difesa della costituzione, che la carta francese del 1791 affidava alla "vigilanza dei padri di famiglia, alle spose e alle madri"⁸, nel nostro secolo è diventata, attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi del Parlamento, funzione specifica ed esplicita di organi non elettivi il cui prestigio ed autorità non hanno cessato di crescere e di consolidarsi

⁶ Con questa espressione si intende la superiorità delle norme costituzionali rispetto alle leggi promulgate dal Parlamento.

⁷ In un manoscritto in cui commenta il suo libro sul Terzo stato, l'abate Sieyes afferma senza ambiguità che "il corpo dei rappresentanti ordinari di un popolo, vale a dire coloro che sono incaricati della legislazione ordinaria, non può senza contraddizione e senza assurdità modificare la costituzione" (Archives Nationales, Paris, 284 AP 4 doss. 8).

⁸ Articolo 8 del Titolo VII.

nel corso degli ultimi lustri in quasi tutti i paesi dell'occidente: la suprema corte costituzionale⁹.

Questo "prologo in cielo" - nel cielo della teoria e della storia - può sembrare fuori posto all'inizio di uno scritto che si propone di gettare un po' di luce sul conflitto in corso nel paese fra il governo di Roma e la magistratura; si pensi, in particolare, all'attacco condotto dal Ministro della giustizia e dal Presidente del consiglio contro la Procura della Repubblica di Milano. Pure, tutti capiscono che lo scontro cui i cittadini assistono è di un ordine diverso da quello che oppone d'abitudine le forze politiche. Il conflitto al quale gli italiani stanno assistendo non vede schierati, gli uni contro gli altri, partiti o attori sociali che solitamente si affrontano nelle vicende politiche del nostro paese, come in generale nella vita degli "Stati di partiti". Voglio dire che le parti del conflitto non sono in questo caso quelle abituali per noi sul teatro della politica, ad esempio: destra e sinistra, cattolici e laici, imprenditori e sindacati, e così di seguito. Sono invece organi del medesimo Stato; soggetti che rappresentano le nostre stesse istituzioni. La magistratura, da una parte, il governo espressione di una maggioranza parlamentare, dall'altra.

Il conflitto in corso è, come si comincia a dire, un conflitto costituzionale, in cui ne va della separazione dei poteri, anzi, di diverse possibili interpretazioni di quel principio essenziale del costituzionalismo liberale moderno quale è appunto la separazione dei poteri. Questo spiega il perché del prologo in cui non si è parlato né di destra né di sinistra, né

⁹ I sondaggi d'opinione, condotti in Germania su questo tema, mostrano che la Corte Costituzionale federale è l'organo dello Stato che gode del maggior prestigio presso i cittadini, al di sopra dello stesso Parlamento (il *Bundestag*).

Sui diversi modelli di controllo di costituzionalità si veda il libro di M. Cappelletti citato nella bibliografia. Va osservato che la Costituzione americana, a differenza di quella italiana o francese, affida il controllo di costituzionalità delle leggi al potere giudiziario di cui è parte la Corte suprema.

di conservatori o di progressisti o di Stato sociale. Mentre si è fatto cenno, invece, ai principi ed alle istituzioni che regolano l'esercizio del potere politico negli Stati contemporanei, che non si riducono all'elezione delle maggioranze parlamentari. Questa è anche la ragione delle osservazioni che seguono. Il loro carattere storico ha qui semplicemente la funzione di richiamare alla memoria l'archeologia delle nostre istituzioni politiche: la tradizione culturale del secolo dei Lumi.

Un elemento centrale di questa tradizione è il *liberalismo*, inteso come dottrina costituzionale il cui scopo è quello della limitazione dei poteri dello Stato. Prima di considerare da vicino il senso, la ragion d'essere e le diverse interpretazioni di questo principio (che è poi quello che genera la separazione dei poteri), sarà utile soffermarsi brevemente sull'istituzione stessa dello Stato; sulla sua origine e sulla sua necessità. Poiché, per poter capire cosa sia e come operi la limitazione dei suoi poteri, bisognerà chiederci perché abbiamo bisogno di uno Stato, o se si vuole, perché il liberalismo non è, nel senso letterale del termine, una "anarchia", cioè l'abolizione del potere politico, ma appunto semplicemente la limitazione e la regolazione dello stesso.

Sforzi di centralizzazione dell'esercizio del potere fiscale e giudiziario hanno caratterizzato le grandi monarchie europee sin dall'autunno del Medio evo. Ma lo Stato cioè quell'istituzione centrale che monopolizza l'esercizio della forza (attraverso un esercito di mestiere), l'organizzazione fiscale e giudiziaria, la produzione delle leggi, ecc. si afferma in Europa solo nell'epoca delle guerre civili di religione, tra i secoli 16° e 17°, e questo nella misura in cui si rivela l'unica istituzione in grado di imporre la pace e di garantire un minimo di sicurezza (non fosse altro che la sicurezza della vita) ai suoi sudditi. Solo un potere esorbitante concentrato in poche mani sembra infatti capace di

imporre una soglia minima di tolleranza reciproca alle diverse sette della cristianità che si sono macchiate di crimini orrendi, come il massacro degli ugonotti da parte dei cattolici in Francia la notte di San Bartolomeo del 1572 o l'immensa carneficina di cattolici irlandesi da parte dei soldati protestanti guidati da Oliver Cromwell durante la guerra civile di religione in Inghilterra.

La forma di potere politico che verrà chiamata assolutismo nasce sul continente europeo¹⁰ dalla necessità di porre un termine alla straordinaria violenza delle guerre di religione¹¹. Tra la metà del 16° e la metà del 17° secolo l'Europa intera ha vissuto un'esperienza simile a quella che sta sotto i nostri occhi nelle terre vicine della ex Jugoslavia.

La pace civile è stata in quei secoli pagata con un alto prezzo: la nascita al centro della società dello Stato-Leviatano, creatore e difensore della pace. E' solo su questo sfondo storico che possiamo capire la tematica illuminista e liberale della limitazione dei poteri dello Stato. Il potere esorbitante dell'istanza politica centrale, che era parso necessario per porre fine al disordine generato dai conflitti di religione, comincia infatti ad apparire a sua volta come una minaccia per l'ordine, la sicurezza e la libertà dei cittadini.

Diversi strumenti sono stati utilizzati per porre un limite a questa minaccia e per ordinare l'esercizio delle funzioni dello Stato. Accanto alla distinzione fra norme costituzionali e leggi ordinarie, la separazione dei poteri, che ha lontane origini nella storia costituzionale inglese, assume un ruolo essenziale alla fine del secolo 18° quando si affermamo i primi

¹⁰ L'assolutismo non è stato solo una caratteristica delle monarchie. Il potere del Parlamento inglese dopo la *Glorious Revolution* era altrettanto esorbitante; basti pensare che l'opinione comune ripeteva la tesi che l'unico limite alla onnipotenza del Parlamento d'Inghilterra era di non poter trasformare in donna un uomo!

¹¹ Si veda il bel libro di D. Crouzet, Les guerriers de Dieu. La violence au temps des troubles de religion (vers 1525 - vers 1610), Seyssel, Champ Vallon, 1990.

Stati costituzionali¹²: gli Stati Uniti d'America e la Francia. Sul continente europeo è il grande trattato di Montesquieu sullo *Spirito delle leggi* [1748] che aveva introdotto con forza questo tema nella cultura-politico giuridica, esso troverà realizzazione nell'art. 16 della *Dichiarazione dei diritti dell'uomo e del cittadino* del 1789: "Ogni società nella quale non sia assicurata la garanzia dei diritti né stabilita la separazione dei poteri, è priva di costituzione". Costituzione e separazione dei poteri diventano, a partire da questo momento, sinonimi. Ma cosa si nasconde dietro questa formula? Per cominciare a capirlo è necessario fare un passo indietro.

Fulcro della dottrina delle forme di governo di Montesquieu è la distinzione che egli introduce nella teoria politica fra "dispotismo" e "regimi moderati". Il dispotismo viene definito come quell'assetto del potere pubblico in cui un solo soggetto o un solo organo, come si dirà più tardi, concentra nelle proprie mani tutti e tre i poteri che esistono in ciascuno Stato: quello legislativo, quello esecutivo¹³ e quello giudiziario. La garanzia minima dell'esistenza di un regime politico moderato consiste per Montesquieu nella creazione di un corpo indipendente cui sono affidati i compiti dell'applicazione della legge. Una qualche forma di indipendenza della magistratura, sancita dall'articolo 104 della nostra costituzione repubblicana del 1948 ¹⁴, rappresenta in realtà la pietra

¹² Dotati, cioè, di una costituzione scritta.

¹³ Per il rapporto fra legislativo ed esecutivo, di cui non tratto, rinvio al libro di G. Bognetti citato nella bibliografia. Esso fornisce un'utile introduzione al problema, anche se non ne condivido le conclusioni e le proposte.

¹⁴ "La magistratura costituisce un ordine autonomo ed indipendente da ogni altro potere". Nel seguito di questo testo dovremo tornare sul senso che queste espressioni hanno nella nostra Costituzione.

miliare di ogni governo che voglia vedersi rifiutata la qualifica di "dispotico". Questa dottrina di Montesquieu, esposta nel capitolo dello *Spirito delle leggi* consacrato alla Costituzione d'Inghilterra, è una delle fonti del costituzionalismo moderno che ha trovato la sua realizzazione nelle carte costituzionali francese ed americana della fine del secolo 18°. Questa stessa dottrina o questo principio sono stati oggetto, peraltro, di due interpretazioni diverse nei due paesi, la Francia e gli Stati Uniti¹⁵. Ora, per gettare un po' di luce sul conflitto in corso in Italia, può essere utile soffermarsi a riflettere sui testi fondatori che presentano queste due *diverse* e in parte almeno *divergenti interpretazioni* del medesimo fondamento costituzionale, quello della separazione dei poteri. Da un lato, si è affermata una visione della separazione dei poteri che, sulla scia del modello della Rivoluzione francese, accetta certo il principio, ma ne fornisce una interpretazione gerarchica di impronta rousseauiana, la quale vede al vertice il potere legislativo (espressione diretta del popolo sovrano) e subordinati ad esso, in ordine discendente, l'esecutivo ed il giudiziario. Dall'altro, è stata fatta valere una versione più *liberale* (e meno democraticistica) della separazione dei poteri, che insiste sulla sovranità della costituzione ed è alla base del modello americano dei "freni e contrappesi". Quest'ultima considera i tre organi dello Stato come contro-poteri attivi, dotati cioè di strumenti di intervento nell'ambito delle

¹⁵ Questa è naturalmente una semplificazione. In America e in Francia ci sono state discussioni e scontri memorabili fra i sostenitori delle due versioni. E' un fatto, però, che gli Antifederalisti sono stati sconfitti nel dibattito che precedette la ratifica popolare della costituzione del 1787 (cf. B. Manin, "Freni, contrappesi e confini: la separazione dei poteri nel dibattito costituzionale del 1787", *Analisi e diritto*, 1994, a cura di P. Comanducci e R. Guastini, Torino, Giappichelli, pp. 211-251); così come erano stati messi in minoranza, in Francia, Mounier ed i *monarchiens* nei dibattiti della Costituente (cf. P. Pasquino, "La teoria della *bilancia del legislativo* del primo Comitato di costituzione del 1789", *Rivoluzione francese. La forza delle idee e la forza delle cose*, Milano, Guerini e associati, 1990, pp. 53-69 e P. Pasquino, Introduzione a J.E. Sieyes, *Scritti politici*, Milano, Giuffrè, 1993, pp. 1-28).

funzioni specifiche degli altri poteri, in grado di produrre un equilibrio dinamico che deve impedire l'affermarsi del dispotismo.

Questi due modelli non esauriscono la tipologia, come vedremo considerando il caso italiano. Essi costituiscono tuttavia due punti di riferimento classici da cui è utile prendere le mosse. Vorrei sottolineare che lo scopo di questo scritto, il quale non è né un pamphlet politico né un articolo accademico di diritto costituzionale comparato, non è di portare acqua a qualche mulino¹⁶. Si vorrebbe soltanto aiutare a chiarire i punti preliminari ed essenziali di un dibattito importante e delicato, i cui termini, per adoperare un eufemismo, non sono sempre chiari, e nel quale la ragione non sta necessariamente tutta da una sola parte e non sta comunque dalla parte di chi grida più forte.

Prima di considerare il caso italiano, quello che ci interessa direttamente, presenterò i due modelli cui ho accennato che chiamerò rispettivamente quello della "bocca della legge" e quello dell' "ambizione contro ambizione". Essi hanno di mira due diversi pericoli per la libertà dei cittadini; da un lato, il possibile esercizio arbitrario della giustizia, dall'altro, ciò che la tradizione politico-costituzionale americana ha sempre considerato come la minaccia più grave in seno ad un governo rappresentativo: il potere esorbitante delle maggioranze democratiche; pericolo tanto più grave, come vedremo, dove esista, come da breve tempo in Italia, un sistema elettorale di tipo maggioritario.

¹⁶ L'autore non è un magistrato e non fa politica attiva. Si occupa di storia del pensiero politico e costituzionale. Per quanto riguarda i problemi complessi relativi all'organizzazione della magistratura nei due modelli mi limiterò qui solo a pochi cenni essenziali. Per più ampia informazione si rinvia il lettore ai testi indicati in bibliografia.

Il potere giudiziario come bocca della legge

"La storia drammatica dell'Europa continentale negli ultimi due secoli, nel corso della quale l'ideale dei sostenitori delle libertà civili è stato per troppo tempo quello della separazione rigida dei poteri piuttosto che dei freni reciproci, è particolarmente istruttiva. La rigida separazione produce un potere giudiziario debole [...] essa produce un potere legislativo senza freni"¹⁷

Una delle funzioni essenziali della separazione del potere giudiziario dal legislativo e dall'esecutivo è stata, all'origine, sul continente europeo, quella di evitare l'esercizio arbitrario che il monarca (detentore degli altri due poteri) faceva dell'amministrazione della giustizia nei confronti dei sudditi. La pratica delle *lettres de cachet*, attraverso le quali sotto l'antico regime il re di Francia imprigionava ad arbitrio o privava dei loro diritti cittadini inermi è ben nota perché sia qui necessario richiamarla al lettore¹⁸. L'infinita serie di privilegi riconosciuti e concessi dal sovrano, che l'abate Sieyès, l'autore dello scritto famoso sul Terzo stato, chiamava a ragione "*leggi private*", riduceva a nulla la certezza del diritto e l'eguaglianza dei cittadini di fronte alla legge. E' nel secolo dei Lumi che si impone sul continente, prima di diventare diritto positivo con la Rivoluzione, una cultura che è quella del "governo della legge". Il che vuol dire, per usare il linguaggio imposto da John Locke,

¹⁷ Mauro Cappelletti, *The Judicial Process in Comparative Perspective*, Oxford, Clarendon Press, 1989, p. 23.

¹⁸ Si veda su questo tema il libro per molti versi innovativo di: A. Farge e M. Foucault, *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille*, Paris, Gallimard, 1982.

governo attraverso norme note, stabili, generali ed astratte che si applicano a tutti nello stesso modo senza distinzione, in opposizione ai decreti estemporanei che esprimono la pura e semplice mutevole volontà del sovrano¹⁹. Il governo della legge si riduce però a poco più che una vaga formula se non si sottrae il potere giudiziario ai soggetti titolari degli altri poteri ed in particolare al legislativo che potrebbe fare e disfare le leggi in funzione dei cittadini o gruppi di cittadini di volta in volta sottoposti al suo potere di giudice.

Un potere giudiziario, separato da quello legislativo, che distingue cioè i soggetti che esercitano le due funzioni oltre le funzioni stesse, un potere di tal sorta, nella sua autonomia, è, peraltro, secondo la lettera del testo di Montesquieu, una specie di potere "nullo". I giudici, infatti, non sarebbero altro che la "bocca della legge", essi si limiterebbero cioè ad applicare una norma generale ed astratta ai casi concreti senza alcuna possibilità di modificare nei singoli casi la definizione stessa dei delitti e delle pene. Ciò che può invece fare il legislatore, il quale però dirà la legge senza avere alcuna influenza sul fatto che essa si applichi a questi o a quello in particolare, dal momento che non spetterà più a lui applicarla.

Il potere giudiziario, così caratterizzato, appare, dunque, come una sorta di potere neutro che protegge i cittadini dal potere del legislativo e sottrae, ai legislatori ed ai giudici, la possibilità di modificare la legge generale a favore o a sfavore del singolo caso concreto. I giudici diventano in tal modo i garanti dell'uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge.

D'altro canto, Montesquieu era perfettamente consapevole che colui che giudica esercita in certo senso il potere più inquietante. Nell'esperienza concreta non è il legislatore che ci condanna, che emette la sentenza, ma un giudice. Ora, la separazione dei poteri ci garantisce

¹⁹ Cf. Secondo trattato sul governo, §§ 136, 142, 144.

che quest'ultimo non potrà farlo che sulla base di una norma di cui egli non è l'autore, ma solo l'esecutore materiale. Il giudice protegge il cittadino dai capricci, dalla volontà arbitraria del legislatore, così come l'esistenza della legge protegge l'imputato dai capricci, dalla volontà arbitraria del giudice. Tutto ciò fa la sostanza di quel principio della civiltà del diritto che va sotto il nome di indipendenza della magistratura. Se questa indipendenza è minacciata non c'è più difesa per i cittadini nei confronti della possibile volontà arbitraria del legislatore. Così come la certezza del diritto scomparirebbe se il giudice potesse "giudicare e mandare" senza essere tenuto dal dettato della legge. Insomma, il nucleo essenziale ed irrinunciabile di questa versione della separazione dei poteri consiste nel principio della distinzione rigida fra chi dice la legge e chi pronuncia la sentenza²⁰.

Quello di Montesquieu, va osservato, è un liberalismo precostituzionale. Si vuol dire che la sua difesa delle libertà individuali contro il dispotismo della concentrazione dei tre poteri non fa ricorso alla distinzione, che non è ancora chiaramente stabilita nei suoi scritti, fra leggi ordinarie e leggi costituzionali²¹. Nella logica del costituzionalismo, che si è affermato con le due rivoluzioni della fine del secolo 18° e che

²⁰ Non è necessario soffermarsi qui sulla circostanza, ben nota, per cui il sogno dell'applicazione per così dire automatica del diritto di è rivelata irrealizzabile. L'inevitabilità dell'interpretazione giudiziaria di ogni disposizione normativa è un dato ormai acquisito in dottrina da molti decenni. E singolare che questa constatazione abbia scalfito solo in parte la concezione gerarchica della divisione dei poteri.

²¹ Da questo punto di vista, la sua concezione non è diversa da quella di Rousseau. Essa, però, in assenza di una dottrina della sovranità popolare, non conduce necessariamente all'idea di una supremazia forte del legislativo nei confronti degli altri poteri, idea che caratterizza invece il modello di separazione dei poteri del Contratto sociale. In realtà, il modello di Rousseau pecca piuttosto per il suo carattere di utopia che per un intrinseco dispotismo. Dal momento che per lui le leggi sono fatte da tutti e si applicano a tutti esiste una garanzia per i cittadini che scompare nei governi rappresentativi dove la legislazione è monopolio delle maggioranze parlamentari.

rappresenta una ulteriore linea di difesa delle libertà individuali, solo le leggi ordinarie possono essere mutate da una maggioranza parlamentare semplice, mentre questa, da sola, non può modificare le norme costituzionali che regolano l'esercizio dei poteri dello Stato²². Sul ruolo centrale di questa distinzione torneremo fra poco. Ora è necessario riprendere il filo del ragionamento appena interrotto.

Questa idea di un potere "nullo" dei magistrati è senz'altro all'origine di una versione della dottrina della divisione dei poteri che attraverso la Rivoluzione francese si è imposta nella cultura giuridica del continente europeo. Versione che, legandosi all'ideologia democratica di stampo rousseauiano, ha prodotto il primo modello di rapporti fra gli organi supremi dello Stato, quello di cui ci occupiamo in questo paragrafo. Esso si presenta sotto la forma geometrica di una piramide. Al vertice di questa si trova il potere legislativo, espressione della sovranità popolare, più in basso l'esecutivo e, alla base, il potere giudiziario che, come una sorta di automa, si limita ad applicare le norme generali, le leggi, ai casi concreti, quelli che esso è chiamato a giudicare. L'idea che gli altri poteri dello Stato siano rigidamente subordinati al legislativo *sovrano* è un'idea esplicita nel Contratto sociale di Rousseau, il quale la giustifica facendo valere il carattere popolare del potere legislativo stesso. Se le leggi sono fatte dall'assemblea del popolo, gli altri poteri non potranno certo sfidare l'autorità del popolo, e, pur avendo dei compiti specifici, che quello non ha, dovranno avere nei suoi confronti l'atteggiamento di inferiorità e di deferenza che un servitore ha nei confronti del proprio padrone. La divisione dei poteri, in questa versione,

²² Questo è vero almeno per le costituzioni "rigide", come quella americana, francese ed italiana che stabiliscono procedure di revisione costituzionale sottratte alla discrezione delle maggioranze semplici e che comportano l'accordo di maggioranze qualificate e/o la ratifica popolare.

rassomiglia alla divisione del lavoro che esiste laddove c'è qualcuno che comanda e qualcun altro che obbedisce²³.

Nei governi rappresentativi il potere legislativo è esercitato, però, dalla maggioranza parlamentare che rappresenta, dove esista un sistema elettorale maggioritario a turno unico, una percentuale che può ridursi anche a meno del 40% degli elettori. Del ruolo dei sistemi elettorali nella vicenda politica italiana si dirà più avanti. Ora va osservato che, attraverso le formulazioni classiche di Condorcet e di Kant, il ragionamento di Rousseau sulla separazione dei poteri è stato adattato alla forma del governo rappresentativo grazie alla singolare dottrina del "sillogismo pratico".

"Uno Stato (*civitas*), scriveva Kant²⁴, è la riunione di un certo numero di uomini sotto leggi giuridiche. [...] Ogni Stato contiene in sé tre *poteri*, vale a dire l'unità della volontà generale si decompone in tre persone (*trias politica*): il *potere sovrano* (la sovranità), che risiede nella persona del legislatore; il *potere esecutivo* nella persona che governa (conformemente alla legge); e il *potere giudiziario* (che assegna a ciascuno il suo secondo la legge) nella persona del giudice (*potestas legislativa, rectoria et iudiciaria*). Somigliano alle tre proposizioni di un sillogismo pratico: alla proposizione maggiore corrisponde il potere che contiene la *legge* della

²³ Si osservi che questa concezione è formulata in modo esplicito da Engels: "La divisione dei poteri non è in fondo nient'altro che una prosaica divisione del lavoro industriale applicata al meccanismo dello Stato a fini di semplificazione e di controllo"; la citazione è nell'articolo di L. de Ruggiero, "La legittimazione del potere del giudice oggi in Italia", in *Questione giustizia*, 1988, n. 1, p. 198.

²⁴ Principi metafisici della dottrina del diritto [1797], in Scritti politici, Torino, UTET, 1978, §§ 45 e 48, pp. 499-500 e 502. Condorcet, in un testo pubblicato nel 1792: Sulla natura dei poteri politici in una nazione libera, (cf. *Oeuvres*, Paris 1847, t. X, p. 595), fa riferimento ai poteri subordinati al legislativo in questi termini: essi avrebbero il compito "di fare un sillogismo del quale la legge è la maggiore; un fatto più o meno generale la minore; e la conclusione l'applicazione della legge".

volontà, alla minore quello che contiene il *comando* di comportarsi secondo la legge, vale a dire il principio della sussunzione delle azioni sotto di essa legge; infine alla conclusione corrisponde la *sentenza*, che decide che cosa è di diritto nel caso di cui si tratta.[...]I tre poteri dello Stato sono, dunque, *in primo luogo* coordinati fra loro [...]; ma *in secondo luogo* essi sono anche l'un l'altro *subordinati*."

La versione Rousseau-Condorcet-Kant della separazione rigida e della gerarchia dei poteri recita, nella vulgata proposta dai rappresentanti e dagli ideologi delle maggioranze parlamentari, che i giudici non devono fare "politica"²⁵. Affermazione al tempo stesso vaga e capziosa. Poiché di certo i giudici ed i procuratori della Repubblica non siedono in Parlamento e non votano le leggi. Mentre è azzardato affermare che la magistratura non eserciti una parte (sempre più) importante del potere in uno Stato costituzionale²⁶.

²⁵ Si pensi alle polemiche dei politici francesi, in particolare durante la Terza repubblica, contro lo spettro da loro agitato di un "governo dei giudici". Il tema è tornato di attualità anche in Francia. Qualche giorno fa, in un editoriale apparso su *Le Monde* a firma del direttore Jean-Marie Colombani ("La République et ses juges", 19/10/1994), ed in relazione ai dibattiti suscitati dalle inchieste giudiziarie nei confronti di due esponenti politici di primo piano della maggioranza di governo, A. Carignon e G. Longuet, si legge: "Un governo dei giudici minaccerebbe la Repubblica se questa osasse impedire il funzionamento normale della giustizia"! Verrebbe da dire pensando al nostro paese: *de te fabula narratur*.

L'ideologia costituzionale della divisione gerarchica dei poteri non è solo patrimonio delle maggioranze della destra populista. Tenuto conto delle sue origini storiche (la Rivoluzione francese), ci sono fondate ragioni per credere che essa faccia parte anche del codice genetico di una parte almeno della sinistra. E' possibile, insomma, che essa sia l'ideologia costituzionale spontanea di un gran numero dei nostri rappresentanti eletti. Se ciò fosse verificato si avrebbe una prova supplementare della debolezza intrinseca nel nostro paese di una vera tradizione liberale. E' appena il caso di ricordare che il marxismo, così come gli ex Stati socialisti, hanno sempre rifiutato la separazione dei poteri in quanto "dottrina borghese"!

²⁶ E' degno di nota, se guardiamo alla *petite histoire*, che l'attuale maggioranza politica abbia insistito per avere come ministro uno dei procuratori della Repubblica di Milano che ha avuto sufficiente ambizione del suo mestiere al punto da declinare cortesemente l'incarico. Forse questa maggioranza ha una concezione della separazione dei poteri che potrebbe non andare al di là di questi minimi termini: se il potere giudiziario indaga sui membri della maggioranza, allora c'è confusione dei

Per concludere su questo punto basterà dire che il modello della "bocca della legge", nato per combattere l'arbitrio di una giustizia direttamente esercitata dal sovrano, rischia di mettere nelle mani di maggioranze temporanee un potere esorbitante, che può trasformarsi a sua volta in una minaccia troppo grave per chiunque abbia a cuore la certezza del diritto ed il primato della costituzione.

poteri! I suoi membri dimenticano però che devono in gran parte proprio alle indagini della magistratura il fatto di essere lì dove sono. Gli inquilini dei palazzi della "prima repubblica" non avrebbero lasciato il posto senza la forza congiunta del voto popolare e delle indagini giudiziarie.

Ambizione contro ambizione

Sul continente americano l'insegnamento di Montesquieu ha dato origine ad un'interpretazione e ad una pratica ben diversa della dottrina costituzionale della separazione dei poteri. Il testo classico di questa versione alternativa del medesimo principio sono i numeri 47-51 del Federalista redatti da James Madison in occasione del dibattito che condusse alla ratifica popolare della Costituzione americana redatta dalla Convenzione di Filadelfia. Uno studioso italiano di diritto costituzionale comparato ha scritto di recente che: "Solo un sistema bilanciato di freni reciproci può combinare, senza pericoli per la libertà, un legislativo, un esecutivo ed un giudiziario forti. Questa bilancia dei poteri è stata il segreto dell'innegabile successo della Costituzione Americana"²⁷, ancor oggi in vigore. I cinque numeri del Federalista²⁸ costituiscono, in realtà, un breve e denso trattato sulla natura e la funzione della separazione dei poteri, in cui appare con forza il genio costituzionale di Madison. Dall'insieme delle considerazioni dell'autore risulta in modo perfettamente chiaro che l'articolazione dei poteri in seno alla costituzione deve essere in grado di far fronte non solo, e non tanto, ai pericoli dell'assolutismo monarchico²⁹, ma anche e soprattutto a quelli della democrazia, cioè al potere delle maggioranze!

Nella polemica nei confronti degli Antifederalisti, che criticavano la Costituzione americana per la sua mancanza di rispetto della dottrina

²⁷ M. Cappelletti, op. cit. alla nota 17, p. 23.

²⁸ La traduzione utilizzata nel testo è quella pubblicata a Pisa, Nistri Lischi, 1955.

²⁹ La scelta repubblicana delle ex-colonie americane rendeva questo problema decisamente meno importante rispetto al peso che esso ha invece avuto sul continente europeo.

della separazione dei poteri, Madison si impegna in una vivace polemica che ha per oggetto l'interpretazione della dottrina di Montesquieu³⁰. Separazione dei poteri - questa la tesi che egli fa valere - non significa, divisione rigida, gerarchia o assenza di reciproco controllo. Anzi, è esattamente questa tecnologia del controllo reciproco fra i poteri dello Stato che sembra a Madison l'essenza del principio liberale cui fanno riferimento i suoi avversari.

Ogni dottrina politico-costituzionale ha un nemico, e si iscrive contro una minaccia che vuole scongiurare. Nel modello della "bocca della legge" il nemico è il potere dei giudici, in particolare se questi sono la stessa persona con i legislatori. Nel secondo modello, come ho accennato, la minaccia più grave è rappresentata invece dalle maggioranze democratiche, che possono far valere i loro interessi e le loro passioni immediate contro le libertà di tutti e contro lo Stato di diritto³¹. La sovralegalità della costituzione, il suo carattere di norma superiore alle leggi emanate dal legislatore (cioè da una maggioranza parlamentare semplice) dovrebbe proteggerla dalle passioni di quest'ultima. Ma le costituzioni possono ridursi a semplici "barriere di carta". E' necessario trovare un meccanismo endogeno alla macchina stessa della costituzione che ne garantisca la protezione nei confronti delle maggioranze democratiche che possono essere tentate di rovesciare le regole del gioco.

³⁰ "L'oracolo cui si usa comunemente ricorrere e che normalmente si cita sull'argomento [la separazione dei poteri] è il noto e celebre Montesquieu" § 47, (p. 326).

³¹ Nel 1925, nei primissimi anni del fascismo, Guido de Ruggiero scriveva nella sua Storia del liberalismo europeo che "l'onnipotenza della maggioranza è il corollario pratico della democrazia [non liberale] [...] il condensamento di un immenso potere a servizio di una maggioranza spesso fittizia è veramente tirannico [...] anzi, è la più grave e pericolosa forma di dispotismo quella che si origina dalla democrazia [...] e non le minoranze soltanto sono tiranneggiate, ma le maggioranze stesse, la cui effettiva consistenza sociale è ben diversa da ciò che figura col loro nome sulla scena politica" (la citazione è a p. 362 dell'edizione Feltrinelli, 1971).

Il problema centrale del costituzionalismo diventa dunque con Il Federalista quello di trovare un insieme di regole di esercizio dei poteri dello Stato in grado per quanto è possibile di farsi valere sulla base del loro stesso funzionamento (*self-enforcing*).

La soluzione della Costituzione americana, che Madison difende dinanzi agli elettori che gli daranno ragione, è quella che va sotto il nome di "freni e contro-poteri" (*checks and balances*). E' difficile sforzarsi di riassumere un'analisi che ha dalla sua parte la densità dei grandi testi classici ed una chiarezza insolita in questo genere di letteratura³². Sia dunque consentito citare per esteso i punti salienti dell'analisi di uno dei padri fondatori della Costituzione americana:

"Siamo tutti d'accordo nel sostenere che nessun settore può e deve disporre completamente dei poteri giustamente spettanti agli altri due. E' del pari evidente come nessuno di essi debba avere influenza predominante nei riguardi degli altri due, per quanto si riferisce all'attuazione dei compiti che spettano loro rispettivamente. Né si vorrà negare che il potere è per natura sua invadente e che si deve perciò esercitare su di esso un'azione di deciso controllo, se si vorranno impedire eccessi. [...] il secondo compito che ci attende, che è anche il più difficile, è quello di assicurare a ciascun settore qualche salvaguardia contro la possibile invadenza degli altri"³³

"Centosettantatré despoti [i rappresentanti eletti] non sono certo meno oppressivi di uno. [...] Ben poco ci gioverà il fatto che tali despoti siano stati eletti da noi stessi. Ciò per cui abbiamo combattuto non era un *dispotismo elettivo* ma un tipo di

³² Per un commento più ampio della dottrina dei *checks and balances* si veda l'articolo di B. Manin citato alla nota 14.

³³ § 48 (Il reciproco controllo dei poteri) p. 334 (la sottolineatura è mia).

governo che non soltanto si basasse su dei fondamentali principî di libertà, ma tale che in esso i vari poteri fossero così ben ripartiti ed equilibrati fra i vari organi che nessuno di essi potesse varcare i propri limiti costituzionali, senza che gli altri potessero intervenire a controllarlo e a fermarlo"³⁴

Se la semplice definizione costituzionale dei ruoli dei tre poteri non è dunque sufficiente a garantire i cittadini contro la possibile violazione dei limiti posti a ciascuno di essi, sarà necessario far ricorso a un meccanismo supplementare in grado di produrre l'equilibrio dei poteri e la difesa della costituzione³⁵:

"L'unica risposta che può essere data è che, dacché tutti i rimedi esterni appaiono inadeguati, si deve ovviare alla deficienza, progettando la struttura interna del sistema costituzionale in modo da far sí che ogni parte possa costituire essa stessa, nei confronti delle altre, il mezzo atto a contenerle entro i limiti costituzionali ad esse concessi."[...] "Ma la maggiore garanzia contro la possibilità che il potere finisca, poco per volta, per concentrarsi tutto nel medesimo settore, è quella di dare a coloro che sono responsabili di ciascun settore i mezzi ed il personale interesse necessari a resistere ai soprusi ed agli abusi degli altri settori. Il provvedimento per la difesa dovrà essere, in questo come in ogni altro caso, commisurato al pericolo dell'offesa. L'ambizione deve essere usata come antidoto all'ambizione." [...] "Il ricorrere a sistemi del genere per controllare gli abusi del governo, può sembrare il risultato di

³⁴ P. 337. Qui Madison cita un testo tratto dagli "Appunti sullo Stato di Virginia" di Jefferson.

³⁵ § 49: p. 345 "Abbiamo scoperto nell'ultimo saggio che le pure e semplici dichiarazioni inserite nelle costituzioni scritte non rappresentano una garanzia adeguata, atta a mantenere ciascun organo costituzionale entro i suoi propri limiti legali".

un'analisi pessimistica dell'umana natura. Ma cos'è il governo stesso se non la più poderosa analisi dell'umana natura ? Se gli uomini fossero angeli non occorrerebbe alcun governo. Se fossero gli angeli a governare gli uomini, ogni controllo esterno o interno sul governo diverrebbe superfluo. Ma nell'organizzare un governo di uomini che dovranno reggere altri uomini, qui sorge la grande difficoltà".³⁶

Il modello di separazione dei poteri che Madison propone in queste pagine è molto diverso da quello del sillogismo pratico che abbiamo considerato poc'anzi. "In una società in cui accada che la fazione più forte ben facilmente possa riunirsi per opprimere la più debole, si può ben dire che l'anarchia reggerebbe sovrana".³⁷ Anarchia e dispotismo diventano lo stesso nemico della libertà. Numerosi sono gli strumenti che la Costituzione americana prevede per impedire alle maggioranze democratiche di imporre la loro volontà contro le norme fondamentali. Innanzitutto un sistema bicamerale differenziato, in secondo luogo il veto del Presidente sulle leggi proposte dal Congresso, infine il controllo di costituzionalità delle leggi affidato al potere giudiziario in quanto tale.

"La libertà - faceva osservare uno degli autori del Federalista³⁸ - non avrà nulla a che temere dal semplice potere giudiziario [...] è vero [al contrario] che il potere giudiziario per la sua stessa intrinseca debolezza corre continuamente il pericolo di venire intimorito, costretto o influenzato dai due poteri gemelli" [il legislativo e l'esecutivo]. Un'osservazione tanto più degna di nota se si tien conto del fatto che la concezione rigida e gerarchica della divisione dei poteri ha finito per

³⁶ § 51 (La giusta ripartizione dei poteri), pp. 349-350 e 351 (le sottolineature sono mie).

³⁷ § 51 p. 354.

³⁸ La citazione è tratta dal § 78 redatto da Hamilton (Il potere giudiziario), p. 531.

assegnare tradizionalmente nella cultura costituzionale francese (e continentale) un ruolo subordinato al potere giudiziario³⁹. Se da un lato la magistratura americana interferisce direttamente con il potere legislativo attraverso il controllo di costituzionalità, dall'altro legislativo ed esecutivo interferiscono con la carriera dei giudici. Questi, infatti, quando non sono eletti dai cittadini, come avviene per lo più nel caso dei *prosecutors* i quali svolgono la funzione di pubblico ministero⁴⁰, vengono nominati a livello federale dagli altri due poteri dello Stato⁴¹. La nomina a vita ne garantisce però l'autonomia di giudizio.

³⁹ Cf. Cappelletti, op. cit., p. 194. E' chiaro che questo brevissimo riassunto dei fondamenti della dottrina costituzionale americana non ha alcuna pretesa di carattere descrittivo del funzionamento concreto della separazione dei poteri e del giudiziario nella società americana. Qui stiamo considerando soltanto ideologie e modelli.

Va qui ricordato che anche in Francia, dove il giudiziario non gode di forte autonomia ed è in parte controllato dal potere esecutivo, negli ultimi due anni i magistrati inquirenti hanno condotto indagini contro uomini politici senza lasciarsi intimorire. Si veda, ad esempio, *Le Monde*, "Le réveil des juges", 20 ottobre 1994 e J.-D. Bredin, "Un gouvernement des juges?", in *Pouvoirs*, n° 68, 1994.

⁴⁰ Bisogna tener presente che negli Stati Uniti, a differenza che in Italia, il pubblico ministero non è un giudice di carriera ma un cittadino, spesso un avvocato, che viene eletto all'ufficio di *prosecutor*.

⁴¹ Fer fare un solo esempio, i giudici della Corte suprema vengono nominati su indicazione del Presidente della repubblica solo se il Senato, dopo aver ascoltato il candidato, lo reputa idoneo ad assumere l'alta carica.

L'indipendenza della magistratura nella Costituzione italiana

L'Assemblea Costituente eletta in Italia dopo la caduta del fascismo ha scelto per la repubblica una versione peculiare della dottrina classica della separazione dei poteri nella quale il rapporto fra il potere giudiziario, da un lato, e legislativo ed esecutivo, dall'altro, ha caratteri significativamente diversi da quelli delle grandi tradizioni costituzionali appena prese in esame. Ancora di recente questa peculiarità ha fatto oggetto di critiche da più parti⁴². Prima di proporre un giudizio su di essa sarà però necessario fermarsi brevemente sui lavori della Costituente per cogliere il senso e lo spirito di questo terzo modello che dobbiamo ora esaminare.

La discussione sul potere giudiziario ebbe luogo essenzialmente in seno alla seconda sottocommissione, nella quale un ruolo di primo piano fu svolto dal giurista Piero Calamandrei. Dai suoi interventi è possibile ricavare alcuni dei principi che hanno ispirato le scelte dell'Assemblea costituente. Innanzitutto una concezione non gerarchica dei tre poteri ed in particolare "la necessità di mettere tale potere [il giudiziario] sullo stesso piano degli altri due"⁴³. In secondo luogo, e coerentemente con la tesi appena esposta, Calamandrei sottolineava che "quest'ultimo [il potere

⁴² Non è necessario ricordare gli attacchi sferrati alla magistratura italiana da parte del defunto Partito Socialista. Sul fronte accademico si veda in particolare la conclusione del libro di C. Guarnieri, Magistratura e politica in Italia, Bologna, Il Mulino, 1992, pp. 149-162. Questo lavoro naturalmente non tiene conto né degli sviluppi degli ultimi due anni né della trasformazione del sistema elettorale italiano dal meccanismo proporzionale a quello maggioritario.

⁴³ La Costituzione della Repubblica nei lavori preparatori della Assemblea Costituente, Roma, Camera dei deputati, 1971, vol. VIII, p. 1913: "[Calamandrei] Osserva innanzi tutto che nella formula proposta dall'onorevole Castiglia si parla di funzioni giudiziarie, mentre gli sembra che la Sottocommissione fosse d'accordo, come è previsto nel progetto della Corte di Cassazione, di parlare di potere giudiziario, anche per la necessità di mettere tale potere sullo stesso piano degli altri due".

giudiziario] fa parte integrante della sovranità, che è costituita dalla somma dei tre poteri"⁴⁴. In terzo luogo, ed in rapporto all'importante questione del reclutamento dei magistrati prendeva posizione per il "concorso", contro il sistema elettivo, per la nomina dei magistrati, il quale "o non ha dato buoni risultati, o si è trasformato (come è accaduto in Svizzera) in una conferma sistematica dei magistrati eletti la prima volta"⁴⁵; più preoccupati, si potrebbe aggiungere, di farsi rieleggere che di amministrare la giustizia.

Queste osservazioni sommarie permettono di delineare i contorni del modello costituzionale italiano circa il posto del giudiziario nella separazione dei poteri. La sua peculiarità consiste in uno schema che senza accettare la dottrina americana dei *checks and balances* rifiuta a sua volta quella francese della subordinazione dei giudici agli altri poteri. Si tratta, in sostanza, di un modello di indipendenza forte della magistratura che prevede l'esclusiva subordinazione del giudice alla legge (principio fondamentale dello Stato di diritto e garanzia di un limite al potere dei giudici)⁴⁶, ma la accompagna alla piena autonomia di un potere che si autogoverna attraverso il Consiglio Superiore della Magistratura ed è sottratto all'influenza dall'esecutivo. Confrontato con i due modelli della bocca della legge e dell'ambizione contro l'ambizione, esso si configura come una forma mista perché non si appoggia né sul modello dell'interferenza fra organi supremi dello Stato, come nel caso previsto dal Federalista, né su quello della supremazia assoluta del legislativo,

⁴⁴ Ivi, p. 1914: "Fa rilevare che l'espressione "emana" [il progetto della Cassazione proponeva la formula: "Il potere giudiziario emana direttamente dalla sovranità dello Stato"] gli sembra formalmente inadatta e sostanzialmente potrebbe far credere che la sovranità e il potere giudiziario siano due cose distinte, mentre quest'ultimo fa parte integrante della sovranità, che è costituita dalla somma dei tre poteri". (L'altro relatore, Giovanni Leone, si dichiara d'accordo su questa osservazione; cf. p. 1914).

⁴⁵ Ivi, p. 1892.

⁴⁶ Il comma 2° dell'art. 101 della Costituzione recita: "I giudici sono soggetti soltanto alla legge".

fondata sulla preminenza degli organi elettivi. I tre poteri dello Stato, parti coessenziali della sovranità⁴⁷ - per adoperare il linguaggio astratto della dottrina costituzionale -, stanno fermi sui loro piedi a garanzia dell'ordinamento costituzionale. L'indipendenza della magistratura inquirente e giudicante funge in tal modo da barriera o fa freno *negativo* nei confronti degli altri due poteri.

Va richiamata in questo contesto un'altra caratteristica del modello costituzionale italiano che lo accosta per certi versi a quello americano. I giudici hanno la possibilità di rivolgersi alla Corte costituzionale tutte le volte in cui si trovino a dover applicare una legge che sembra loro contraria o in contraddizione con la Costituzione. Sulla base di questa norma è ragionevole affermare che il giudice, in prima istanza subordinato alla legge, è legato in fin dei conti solo dalla fedeltà alla Costituzione⁴⁸. E' possibile sostenere che la magistratura svolge nel nostro sistema giuridico una funzione di concorso nel controllo del potere legislativo, controllo che spetta alla Corte costituzionale. Sicché risulta fantasiosa l'ipotesi di una sua pura e semplice subordinazione alla volontà della maggioranza parlamentare. La saggezza dei costituenti ha

⁴⁷ Questa tesi non è condivisa da una parte della dottrina costituzionale. Nel Commentario della Costituzione a cura di G. Branca, relativo agli articoli 104-107 (La Magistratura, tomo II), Bologna, Zanichelli - Roma, Il Foro italiano, 1986, p. 6, F. Bonifacio e G. Giacobbe affermano che "mentre il connotato della sovranità può - e deve - essere riscontrato nell'atto legislativo, lo stesso connotato non ricorre allorché si qualifichi l'attività giurisdizionale: la quale, come già osservato, si pone come esercizio *mediato* di sovranità, e quindi, non può essere definita sovrana". Ora, se è vero che la sentenza è subordinata alla norma di legge, non è vero invece che non ci sia mediazione nell'attività legislativa subordinata a sua volta al dettato costituzionale, ed al controllo della Corte suprema. A meno che non si voglia sostenere la tesi della sovranità del legislativo contro quella del popolo esercitata nelle forme e nei limiti della Costituzione (art. 1, comma 2 della Costituzione). Questa prevede appunto che essa venga esercitata dai tre poteri, oltre che dal Presidente della Repubblica e dalla Corte Costituzionale senza alcuna supremazia dell'organo elettivo (il Parlamento).

⁴⁸ Su questo punto e in un quadro comparativi, si veda M. Cappelletti, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano, Giuffrè, 1979, pp. 97-99.

circondato di numerosi controlli la volontà del legislatore⁴⁹, consapevole del fatto che ogni volontà semplice è dispotica, e ha costruito un tipo di potere giudiziario la cui forte autonomia può risultare straordinariamente importante in un momento in cui il paese affronta un periodo difficile della propria vita politico-istituzionale.

E' ora questo sviluppo che sarà necessario considerare per sommi capi se vogliamo renderci conto dell'importanza del ruolo che la magistratura può svolgere, nel prossimo futuro, sul piano degli equilibri costituzionali, purché si astenga da svolgerne uno propriamente politico, cioè di parte.

La Costituzione italiana era stata redatta dopo la guerra e la resistenza da forze come la Democrazia Cristiana ed il PCI⁵⁰ la cui volontà comune era di evitare la guerra civile, come possibile esito della disfatta del regime fascista, e di dare al paese un assetto stabile di tipo liberal-democratico (fondato cioè sul principio elettorale, su quello della divisione dei poteri e sul primato della costituzione). Per Togliatti la prospettiva del socialismo era (nel migliore o nel peggiore dei casi, a seconda dei punti di vista) una prospettiva di lunghissimo periodo. Il compito politico della repubblica era quello di garantire la pace e la stabilità del paese (senza mettere in questione la sua appartenenza a quella che prese il nome di Alleanza atlantica). Pur senza far parte delle norme costituzionali, ma essendone presupposto in molte regolazioni concrete, il meccanismo elettorale proporzionale ha operato come un

⁴⁹ Si tenga conto del fatto che sulla base dell'articolo 87 della Costituzione, comma 5, spetta al Presidente della Repubblica promulgare le leggi.

⁵⁰ Il testo della Costituzione è controfirmato dal comunista Umberto Terracini, dal democristiano Alcide De Gasperi e dal liberale Grassi.

elemento essenziale del sistema politico. Dopo la vittoria democristiana del 1948, esso ha funzionato come strumento di integrazione permettendo ai cittadini di diverse parti e di diverse fazioni, attraverso la rappresentanza garantita a tutti i gruppi, il sentimento dell'appartenenza all'unità politica, ed evitando in tal modo, l'inasprimento dei conflitti⁵¹. Col passare dei decenni i suoi iniziali effetti positivi si sono però rivelati disastrosi per il paese. La necessità, evidente nei primi anni di vita della repubblica, di evitare lo scontro frontale fra i seguaci di Peppone e quelli di don Camillo ha dato origine col tempo a quella forma di governo della cosa pubblica che è stato in seguito definito "consociativismo"⁵². In realtà il sistema elettorale proporzionale e le pratiche consociative che lo hanno accompagnato ha svolto, come tendono forse ad ignorare i "post-consociativisti", un'altra funzione importante, quella di proteggere la Costituzione dal potere delle maggioranze. Il consociativismo è stato al tempo stesso un meccanismo di spartizione e di freno. Si vuol dire che ha realizzato una forma paradossale di rispetto della costituzione in un paese, come l'Italia, a basso tasso di cultura liberale. (Il contrario della Gran Bretagna che è in grado di rispettare i principi del liberalismo senza avere nemmeno bisogno di una costituzione scritta!). Resta che il consociativismo ha favorito probabilmente la corruzione della classe politica⁵³. E la corruzione generalizzata ha generato l'arroganza o l'incoscienza di chi si sente al di sopra della legge. Quasi di colpo, nel corso degli ultimi anni, il castello è crollato. Prima l'introduzione di un sistema elettorale largamente maggioritario, imposto al Parlamento dai

⁵¹ Il sistema elettorale proporzionale, oltre numerosi difetti, ha in certi casi il vantaggio di disinnescare il conflitto sociale spostandolo sul piano della rappresentanza politica, dove i compromessi sono più facilmente realizzabili (vuoi in modo palese, vuoi in modo nascosto).

⁵² Cf. A. Pizzorno, "Le difficoltà del consociativismo", in Alle radici della politica assoluta, Milano, Feltrinelli, 1993.

⁵³ Fra i tanti testi su quest'argomento si veda D. Della Porta, Lo scambio occulto, Bologna, Il Mulino, 1992 e l'Introduzione a questo libro di A. Pizzorno.

cittadini. Poi la riduzione ai minimi termini del partito politico che per 50 anni ha rappresentato il centro moderato e conservatore dello schieramento politico-elettorale, la Democrazia Cristiana. Questi fatti e numerosi altri che sono sotto gli occhi di tutti e che non mette conto considerare qui in dettaglio hanno dislocato il quadro politico ed istituzionale italiano. Il paese si avvia con fatica verso un bipolarismo politico che vede la fine della vecchia partitocrazia, ma pone con urgenza la necessità di riflettere, come avevano fatto i costituenti americani, sul potere dalle maggioranze.

In un paese come il nostro, di debole tradizione liberale (tanto più debole quanto più la parola liberalismo viene rovesciata da tutti gli schermi televisivi sugli assordati spettatori), maggioranze politiche forti, come può ormai produrle il meccanismo elettorale maggioritario, rappresentano una potenziale minaccia per i fondamenti costituzionali dello Stato di diritto. Il ritorno indietro al proporzionalismo del vecchio sistema dei partiti è una strada sbarrata. Esso non è né possibile né augurabile. La fine del "consociativismo" ed il cambiamento della legge elettorale modifica in modo significativo il quadro politico-istituzionale e diventa necessario dedicare maggiore attenzione agli aspetti costituzionali della vita del paese⁵⁴. Una delle questioni più importanti è la crescita di consapevolezza delle regole che disciplinano il corretto funzionamento dei poteri dello Stato. La magistratura, grazie alla sua indipendenza iscritta nella carta costituzionale, ha svolto una funzione decisiva, che l'opinione pubblica non ha smesso di difendere, nel corso di tutto quel processo che i giornalisti hanno definito il passaggio dalla prima alla seconda repubblica. Pure, l'Italia è rimasta in mezzo al guado. I

⁵⁴ A. Rossi ha dedicato a questi temi un articolo premonitore: "Democrazia maggioritaria e giurisdizione", in Questione giustizia, anno IX, n. 3-4, 1992, pp. 506-526.

vincitori delle elezioni, oggi di un colore, e domani magari di un altro, possono essere tentati di proporre una versione gerarchica della separazione dei poteri, diversa da quella scelta dai costituenti, con l'obiettivo di subordinare la magistratura al potere politico⁵⁵. Forti della legittimazione "popolare", già oggi, non perdono nessuna occasione per ricordare - come già era accaduto, con più parsimonia e maggior ipocrisia, ai capi della vecchia Democrazia Cristiana - che il loro potere per il fatto stesso di venire dal popolo è un potere al di sopra di ogni sospetto. La tentazione esiste per la maggioranza post-consociativa di pretendere che essa non conosce altro giudice al di fuori dell'acclamazione del popolo. Possono essere trascinati a sottovalutare, nel nuovo fervore "democratico", che il potere del Parlamento e del governo vengono tanto dalle elezioni quanto dalla Costituzione che è il testo del patto e della decisione politica che regola e limita i poteri degli organi in uno Stato di diritto. La Costituzione garantisce, certo, le libertà dei cittadini affidando loro grazie alle elezioni il potere di bocciare (dopo alcuni anni) una maggioranza di cui non sarebbero più soddisfatti; ma le garantisce anche, nella vita istituzionale di tutti i giorni, attraverso il controllo di costituzionalità delle leggi da parte della Corte costituzionale ed attraverso il potere autonomo della magistratura per la quale non possono esserci cittadini al di sopra di ogni sospetto. Appena il paese sarà uscito da mezzo al guado sarebbe augurabile, anche grazie al sistema elettorale maggioritario, che la destra e la sinistra si alternino alla guida del paese. Le maggioranze parlamentari non sono, però, proprietarie delle istituzioni dello Stato. Esse hanno l'onere della responsabilità politica degli atti legislativi e dell'iniziativa di governo. Le maggioranze passano

⁵⁵ Un Presidente del Consiglio che convoca il Procuratore generale della Cassazione, come è accaduto di recente, per chiedergli informazioni circa le decisioni possibili del Consiglio Superiore della Magistratura è un caso senza precedenti ed un'interferenza grave nei confronti delle prerogative di autogoverno del potere giudiziario.

e le istituzioni dello Stato di diritto restano. Governare non è decidere della natura e della forma dell'unità politica. Le costituzioni si possono cambiare in base alle necessità dei tempi e nel rispetto delle procedure⁵⁶. Ma deve rimanere fermo il principio della sovralegalità della costituzione. Il paese ha bisogno di buone leggi, non di magistrati impotenti o sottomessi al potere politico. Tutti sappiamo che senza l'impegno della magistratura giudicante ed inquirente l'Italia non sarebbe forse nemmeno in mezzo al guado. Starebbe ancora ferma sull'antica sponda. Che la vecchia classe politica sarebbe ancora lì ad ingrassarsi. Che la "nuova" non sarebbe mai giunta nei palazzi del potere. Le elezioni sono per l'essenziale un giudizio retrospettivo degli elettori sul governo e sulla maggioranza uscente. La fiducia preventiva che gli elettori danno ad una nuova maggioranza politica deve essere presa dai vincitori con il beneficio dell'inventario. E' solo alla prossima tornata elettorale che il nuovo giudizio retrospettivo dirà se quella nuova maggioranza ha incontrato o meno il favore e la fiducia degli elettori. E così di nuovo a quella successiva. In questo senso ogni maggioranza politica è una maggioranza *en sursis*, in prova (anche se i 50 anni di dominio democristiano possono aver prodotto la disperazione di alcuni, e indotto altri a dimenticare questo principio basilare del governo rappresentativo). E' questo, fuori di ogni retorica, l'unico ed essenziale

⁵⁶ "Un principio fondamentale del sistema repubblicano", sostiene Hamilton nel Federalista § 78, è il diritto che il popolo possiede "di alterare o abolire la costituzione esistente quando la giudichi incompatibile con la sua felicità; da questo principio, tuttavia, non può dedursi che i rappresentanti del popolo, ogni volta che si impadronisca dei loro elettori una tendenza momentanea contraria a certe norme della costituzione esistente, siano per questo giustificabili se violano tali norme[...] Finché il popolo, con un atto solenne e autoritativo, non ne abbia annullato o modificato la formulazione stabilita, esse saranno vincolanti per il popolo stesso, tanto come collettività quanto come singoli individui"; citato da B. Manin, art. cit. alla nota 14, p. 249.

Sul tema della riforma costituzionale è intervenuto in questi giorni con molta chiarezza Ettore Gallo nell'articolo "Chi può cambiare la Costituzione", *La Repubblica*, 29/10/1994.

valore democratico del principio elettorale. Certo, il consenso produce potere ed il potere consenso. Ma l'alleanza che ha vinto le ultime elezioni politiche non può dimenticare che essa è in larga misura il risultato di un voto che suonava come la bocciatura di una pratica di governo che era ormai percepita, grazie anche alle inchieste giudiziarie, come il sistema della "corruzione ambientale".

Nel corso della grande trasformazione che sta vivendo il paese il ruolo della magistratura, insieme alla difesa della sua autonomia, sarà senz'altro decisivo. L'immobilismo dell'Italia proporzionale può aver suggerito a qualche giudice ed a settori dell'opinione pubblica che la magistratura rappresenti nel nostro sistema l'opposizione. Questa scelta sarebbe rovinosa per tutti. Il potere giudiziario non può e non deve sostituirsi all'opposizione politica. Una delle peculiarità negative del sistema politico italiano, che speriamo si avvii a diventar parte del museo della storia, è stata certamente l'incapacità dal 1948 sino ad oggi di produrre un meccanismo di alternanza parlamentare fra destra e sinistra. La magistratura, va detto in modo inequivocabile, non ha alcun ruolo da svolgere in questo processo, che spetta alla libera associazione dei cittadini in partiti politici⁵⁷. La sua indipendenza - che è insieme un diritto ed un dovere - potrà essere garantita, almeno agli occhi dell'opinione pubblica, solo da una chiarissima neutralità politica. La magistratura non sta né con la maggioranza né con l'opposizione. Essa è il guardiano della legge, così come la Corte costituzionale, è il guardiano della costituzione. La sua funzione di freno negativo nell'equilibrio costituzionale e la sua indipendenza dagli altri poteri può essere efficace e benvenuta solo se essa saprà accompagnarsi con la neutralità che è il

⁵⁷ L'art. 49 della Costituzione stabilisce che "Tutti i cittadini hanno diritto di associarsi liberamente in partiti per concorrere con metodo democratico a determinare la politica nazionale".

prezzo inerente alla natura specifica del suo potere. Se i giudici non vogliono essere ridotti a macchine che applicano la legge devono essere in grado di farsi valere come parte neutra rispetto ai conflitti politici che riguardano gli elettori ed i partiti.

Uno dei commentatori più lucidi della nostra vita politica scriveva pochi giorni fa⁵⁸:

"[Si afferma] una visione schematica ed elementare della democrazia, una visione che non coglie, ad esempio, il principio della divisione e dell'equilibrio dei poteri, i diritti di garanzia espressi dalle minoranze [...]. L'idea stessa della democrazia acquista, così, connotati plebiscitario-referendari, tanto che la vittoria ottenuta col sistema maggioritario è intesa come diritto a tutto il potere, senza controlli, contrappesi, regole e mediazioni sociali o politiche. Persino l'applicazione del diritto penale dovrebbe adeguarsi a simili principi per non ferire la sovranità della scelta elettorale".

Esistono ragioni fondate per condividere questa analisi e le pagine che precedono volevano solo fornire qualche elemento supplementare perché essa venga presa sul serio da tutti. Nei prossimi mesi è verosimile che continui l'attacco nei confronti di singoli magistrati e nei confronti dell'autonomia del potere giudiziario. Alcuni temi meritano di essere sottoposti all'attenzione dell'opinione pubblica e dei magistrati. Anzitutto bisognerà contrastare tutti i tentativi di riduzione o di imbrigliamento

⁵⁸ Mario Pirani, *La Repubblica*, 16/10/1994. Osservazioni simili si trovano all'inizio dell'articolo di E. Galli Della Loggia, "Una cura liberale per la democrazia", apparso sul *Corriere della sera*, il 24 ottobre scorso.

dell'autonomia del Consiglio Superiore della Magistratura, che ne il principale garante dell'indipendenza di quest'ultima. Sarà inoltre necessario un maggiore riserbo dei giudici, che è la manifestazione più chiara della loro neutralità nei confronti dei partiti; anche se non si può chiedere a questi ultimi di rinunciare alla legittima difesa quando vengano attaccati nelle loro funzioni costituzionali. Infine, e forse soprattutto, una speciale attenzione ed un più ampio dibattito pubblico dovranno essere dedicati ai progetti di revisione costituzionale. In particolare, le disposizioni dell'articolo 138, che regolano questa materia, non possono essere modificate ad arbitrio dal governo⁵⁹.

L'approdo del paese alla "seconda repubblica" prevede per tutti un'impervia navigazione in acque pericolose. L'esortazione per noi cittadini potrebbe essere : Italiani, facciamo ancora uno sforzo per essere liberali⁶⁰.

⁵⁹ Non si può trascurare un altro problema posto sul tappeto dal mutamento del sistema elettorale: la necessità di nuove regole per l'elezione degli organi di garanzia, come il Presidente della Repubblica, la Corte Costituzionale o il Consiglio Superiore della Magistratura. Queste regole non possono essere le stesse che presiedono alla formazione delle maggioranze parlamentari, ch  altrimenti si ricadrebbe nel modello monista e giacobino di esercizio della sovranit  popolare e verrebbero meno le possibilit  stesse della funzione di garanzia costituzionale che   propria di questi organi.

⁶⁰ Dopo la stesura di queste note ho letto l'articolo di G. Amato, "Il dilemma del principio maggioritario", apparso nell'ultimo numero dei Quaderni costituzionali, a. XIV, n. 2, 1994, pp. 171-86, dove il lettore pu  trovare considerazioni integrative a quelle qui esposte (se si esclude la diversa interpretazione del pensiero politico-costituzionale di Sieyes) e che a me sembrano di sostanziale rilievo.

Bibliografia essenziale

(i volumi citati forniscono bibliografie specifiche sui singoli argomenti):

- Sulla separazione dei poteri:

G. Bognetti, La divisione dei poteri, Milano, Giuffrè, 1994 [che si occupa però essenzialmente del rapporto fra esecutivo e legislativo]

- Sul controllo di costituzionalità:

M. Cappelletti, Il controllo giudiziario di costituzionalità delle leggi nel diritto comparato, Milano, Giuffrè, 1979

- Sulla magistratura:

C. Guarnieri, L'indipendenza della magistratura, Padova, CEDAM, 1981

A. Pizzorusso, L'organizzazione della giustizia in Italia, Torino, Einaudi, 1982

F. Bonifacio, G. Giacobbe, La magistratura, Commentario della Costituzione italiana a cura di G. Branca, Art. 104-107, Bologna, Zanichelli, 1986

C. Guarnieri, Magistratura e politica in Italia, Bologna, Il Mulino, 1992

- Sul costituzionalismo liberale:

N. Matteucci, Organizzazione del potere e libertà. Storia del costituzionalismo moderno, Torino, UTET, 1988

[quarta di copertina]

Nella storia dello Stato costituzionale si sono affermate diverse concezioni della separazione dei poteri, uno dei principi essenziali del liberalismo. Ai due poli estremi, da una parte, quella "giacobina" che vede il giudiziario subordinato ai due poteri gemelli del legislativo e dell'esecutivo; dall'altra, quella americana che garantisce l'autodifesa di ciascun potere attribuendogli strumenti di interferenza negli ambiti propri delle altre funzioni.

La Costituzione italiana del 1948 ha voluto un'organizzazione del potere dello Stato insieme uno e trino, ed una magistratura fortemente indipendente a difesa della legalità.

La tensione fra la magistratura e la maggioranza di governo rappresenta oggi uno dei nodi intorno ai quali si giocano i destini della "seconda repubblica", in cui il sistema elettorale maggioritario favorisce la minaccia di derive antiliberali da parte delle maggioranze politiche. Il dibattito costituzionale, che questo testo si propone di introdurre, è destinato a svolgere un ruolo decisivo nella vita politica italiana dei prossimi mesi.

Pasquale Pasquino (Napoli 1948) lavora presso il CNRS e l'Ecole polytechnique di Parigi sui sistemi di pensiero politico e costituzionale.